dieser Stelle nicht gefragt. — Es muß ja ohnehin bei letzten Willensordnungen die ademtio mit der datio in Verbindung gedacht werden, so daß eine dunkle Ademtion nicht ungültig ist, sondern nur die datio dunkel macht, was in neuerer Zeit erwiesen[30]) und auch von Thibaut[31]) anerkannt worden ist. Eben so muß also auch eine pura aber unter Bedingung zu resolvirende institutio, mithin die bedingte Rücknahme einer unbedingten Einsetzung eben mit dieser Einsetzung in Verbindung gebracht werden. Wie folglich eine klare datio dunkel und deshalb null wird durch die dunkle ademptio, eben so wird eine pure datio bedingt durch die bedingte ademptio.

---

30) Man braucht deshalb nur zu verweisen auf dieses Archiv B. 1. H. 3. nr. 33 und 34. um bekannte Dinge in Erinnerung zu bringen.

31) Pand. 6te Aufl. §. 829 a. E.

VIII.

Ueber Provocation von Seiten des Bürgen an den Gläubiger zur Erhaltung oder Benutzung der Wohlthaten der Ordnung und Theilung.

Von Herrn Professor Dr. Gesterding zu Greifswald.

Die sogenannte Provocatio ex lege: *si contendat* ist, nach der Lehre der Rechtsverständigen, nicht bloß zulässig bei peremtorischen Einreden, die bei längerer Verzögerung der Klage erlöschen oder unbrauchbar werden, oder nicht mehr zu beweisen seyn mögten; sie findet auch Statt bei verzögerlichen gewisser Art, nämlich bei solchen, welche die Sache selbst angehen und unter gewissen Bedingungen die Wirkung zerstörlich hervorbringen. Man zählt

daher die Einreden, deren ein Bürge und Mitbürge sich bedienen kann, um die Wohlthaten der Ordnung und Theilung geltend zu machen, zu denjenigen, derentwegen jener, den Gläubiger ad agendum aufzufordern, berechtigt sey.

Was 1) die Einrede der Ordnung betrifft, so sollte man vernünftigerweise wol glauben, daß derjenige, welcher den andern zur Klage herausfordert, ebendadurch auf Einreden, wodurch er Aufschub der Klage bewirken will, Verzicht leiste. Ist es gerecht, ist es billig, daß ein Bürge den Rechtsstreit von sich ablehne, den er selbst erregte, daß er den Kampf auf den Hauptschuldner ableite, nachdem er ihn einmal auf sich hingeleitet hat? Der Bürge spricht zu dem Gläubiger: Verklage mich jetzt, und wenn er nun klagt, soll er dann sagen dürfen, nein verklage erst den Hauptschuldner? Ist das nicht ein Possenspiel, was bei Gericht aufgeführt wird, und welchen Eindruck muß dies auf ein von Schulwitz nicht verderbtes Gemüth machen?

Am Ende ist der Nutzen einer solchen Provocation nicht einmal einzusehen. Gesetzt der Gläubiger läßt sich in den April schicken. Aufgefordert zur Klage, belangt er den Provocanten, und nachdem er geklagt hat, weißt man ihm die Thür des Gerichts; er soll erst den Hauptschuldner belangen. Was in aller Welt zwingt ihn, das auf der Stelle zu thun und darum ist es dem Bürgen bei seiner Provocation doch gerade zu thun, und welchen Nachtheil hat der Gläubiger davon, wenn er das nicht auf der Stelle thut? Der Gläubiger hat ja nun, der Aufforderung zufolge, gegen den Bürgen geklagt und es kann doch von jetzt an nichts anders gelten, als wenn er unaufgefordert geklagt hätte.

Eher ginge es, wie es scheint, wol an daß der Bürge den Gläubiger zur Klage nicht gegen sich, sondern gegen den Hauptschuldner auffordern könnte, der jetzt noch solvendo ist und von dem er besorgt, er möchte es bald nicht mehr seyn. Dieß scheint auch die Meinung Hellfeldts

zu seyn, welcher schreibt: [1]) Potest quoque fidejussor ipsum creditorem ad agendum provocare ex lege *si contendat*, cujus provocationis effectus est, ut creditor *debitorem* convenire debeat aut sibi in perpetuum exceptionem excussionis dolo omissae opponi patiatur. Doch ist es zweifelhaft, was er hierbei gedacht hat. Zweifelhafter noch ist es, wohin Schaumburgs Meinung gerichtet war, welcher schreibt: [2]) sic causa in aprico est, cur fidejussor, cui exceptio ordinis vel divisionis competit, creditorem, qui actionem principalem contra *debitorem* differt, ex lege si contendat provocare possit. Bestimmter drückt sich Günther aus: [3]) usu receptum est, ut fidejussori liceat, creditorem provocare ad agendum; ut adeo, si debitorem principalem provocatus haud convenerit, perpetuetur fidejussori excussionis adversus eum exceptio. Andere aber sprechen ausdrücklich von einer Provocation des Bürgen zur Klage gegen sich selbst, zum Zweck der Vorschützung der Wohlthat der Ordnung. [4]) Indessen auch gegen die Zulässigkeit einer Aufforderung zur Klage gegen den Hauptschuldner regen sich Zweifel. Eine solche Provocation würde den Zweck nicht haben, Einreden zu erhalten für den Provocanten, welche auf diesem Wege vielmehr verloren gehen würden, und doch ist es nach der Theorie nur zu diesem Zweck, daß eine Provocatio ex lege: si contendat überhaupt zulässig ist. Besonders aber kömmt in Betrachtung: Jemand kann zwar den Nachtheil einer Klage sich selbst zuziehen, wie mag man es aber gut heißen, wenn der Gläubiger durch Hülfe des Richters, auf Verlangen des Bürgen, genöthigt wird, einen dritten

---

1) Jurispr. for. §. 1914.
2) Lib. 2. cap. 6. §. 9. not. **
3) Princ. jur. Rom. §. 1074.
4) S. B. Mehlen Anleitung zum sum. = gerichtl. Prozeß §. 89. S. 142.

zu belangen. Kann ein solches über alle Schranken hinausgehendes Verfahren ohne besondere Gesetze gerechtfertigt werden?

Es giebt noch ein anderes Mittel für den Bürgen; er fordert den Gläubiger auf, ihn zu belangen, weißt ihn dann aber nicht mit der Einrede der Ordnung an den Hauptschuldner, sondern nimmt den Prozeß auf und, wenn er zur Zahlung verurtheilt ist, geht er auf den Hauptschuldner zurück, jetzt, da es noch Zeit ist und er Hoffnung hat, durch ihn zu seiner Befriedigung wieder zu gelangen. Dieß Mittel ist den Rechtsgelehrten wohl bekannt [5]), es würde aber gleich dem vorigen, voraussetzen, daß die Provocation ex lege: *diffamari* nicht bloß zur Aufrechthaltung einer Einrede Statt finden, sondern auch in andern Fällen, da dem Provocanten daran gelegen ist, daß er gegenwärtig belangt werde, was der Praxis gemäß seyn soll. [6])

Was 2) die *exceptio divisionis* betrifft, so ist zuvörderst zweifelhaft, wohin sie zu rechnen sey. Von ältern Rechtsgelehrten finde ich, wird sie gewöhnlich den zerstörlichen Einreden beigezählt. [7]) So viel ist wahr, wenn, nach getheilter Klage, die Mitbürgen zur Zeit der Litiscontestation solvendo sind, bringt sie die Wirkung einer peremtorischen hervor, indem sie dem Gläubiger Rückkehr zu dem Bürgen nicht gestattet, hörte auch nach der Litiscontestation der Mitbürge auf, solvendo zu seyn. [8]) Dennoch scheint diese Einrede die Klage zunächst nur zu verschieben und sie nicht nothwen-

---

5) Claproth sum. Proz. §. 285. no. 3.

6) S. Mehlen a. a. O. §. 29. nota 1.

7) Zanger de except. c. 19. n. 3.

8) §. 4. I. L. 26. D. de fidejussor. *L. 51. §. 4. D. eod.* Cum inter fidejussores actione divisa, quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt: ea res ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet: nec auxilio defendetur aetatis actor, non enim deceptus videtur, jure communi usus.

dig (theilweise) zu zerstören, oder vielmehr, nicht nothwendig sie von dem Beklagten für immer zu entfernen, weil es ja noch darauf ankömmt, ob, wenn der Kläger seine Klage theilt, die Mitbürgen zu der Zeit, da Lis gegen sie contestirt wird, solvendo seyn werden. Hiervon abgesehen, verhält es sich mit der Exceptio divisionis auf allen Fall etwas anders, als mit der vorhergehenden exceptio excussionis. Um die exceptio divisionis sich zu bewahren, braucht der Bürge den Gläubiger nicht ad agendum *insolidum* zu provoziren. Thäte er das, so wäre wol nicht daran zu zweifeln, daß er von der Einrede keinen Gebrauch machen könne und daß er seinem Zweck geradezu entgegenhandle. Er müßte ihn vielmehr simpliciter zur Klage auffordern und, wenn der Gläubiger ihn dann in solidum belangte, so könnte er, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, zum Gläubiger allenfalls wohl sagen: Theile deine Klage.

Aber der Nutzen einer solchen Provocation ist abermals nicht einzusehen, aus demselben Grunde, weshalb es für den Bürgen von keinem Nutzen seyn kann, den Gläubiger zur Bewahrung der Wohlthat der Ordnung, zur Klage gegen sich herauszufordern.

Nachtrag zu den Aufsatz nro. XIV. im VI. Bande 2tes Heft.

Von Herrn Dr. G. A. W. Du Roi, Hofrath im Landesgerichte zu Wolfenbüttel.

(Nachtrag zu §. 5.)

In dem neu aufgefundenen Worte von Cicero de republica, welches der Verfasser erst nach dem Abdrucke des §. 5. gelesen hat, kommt im ersten Buche (S. 13. der kleinen Heinrichschen Ausgabe) folgende Stelle vor: